wäre hier die Gränze? Auch jene Intestaterben sind dürftig — warum soll auf ihre Rechnung die Armuth zu Frankfurt ernährt werden? Fiat justitia, pereat mundus! —

Nachschrift der Redaction.

Durch die Aufnahme obiger Darstellung und Abhandlung in diese Zeitschrift ist derselben Inhalt auf keine Weise der Natur einer Streitschrift enthoben. Die Redaction selbst ist sich wohlbewußt, daß im Gefolge der gesetzlichen Vorschrift: „audiatur et altera pars“, und der wissenschaftlichen Erfahrungsregel: „minima circumstantia variat rem“, die dem ersten Blick nach stärksten Gründe oft herabsinken in die Zahl bloßer Scheingründe. Auch können die Motiven eines richterlichen Erkenntnisses schwach und irrig seyn, während die Entscheidung selbst dem Willen des Gesetzes vollkommen gemäß ist. Wer also über den obigen Rechtsfall mit Sicherheit urtheilen wollte, müßte voran auch die factische Darstellung und Rechtsgründe des beklagten Theils kennen lernen.

Gensler.

XVIII.

Ist nach den römischen Gesetzen das Stufenalter eines Unmündigen ein Maasstab bei der Frage: ob die von ihm verübte schädliche Handlung für dolos, culpos, oder für nicht imputabel, zu achten sey?

Von Gensler.

§. 1.

Die hauptsächlichsten Stellen der römischen Gesetze, welche den Willen und die Imputation der Unmündigen zum Gegenstand haben, sind wohl folgende:

1) Justinian, nachdem er ausgesprochen hat, „der Pupill könne alium sibi obligare, etiam sine tutoris auctoritate“, fährt fort: sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, *qui jam habent aliquem intellectum*; nam infans, et qui *infantiae proximus* est, non multo a furioso distant, *quia hujusmodi pupilli nullum habent intellectum.* Sed in proximis infantiae *propter utilitatem* eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi [1]).

2) *Modestinus* spricht: Infans vel furiosus si hominem occiderint, Lege Cornelia non tenentur; cum alterum *innocentia consilii* tuetur, alterum fati infelicitas excusat [2]).

3) Ein Fragment des *Florentinus* lautet dahin: Coram Titio aliquid facere jussus non videtur praesente eo fecisse, *nisi is* (Titius) *intelligat.* Itaque si (Titius) furiosus aut *infans* sit, aut dormiat, non videtur coram eo (Titio) fecisse [3]).

4) *Ulpianus*, lib. 18. ad Edictum, erläutert, was man in dem Gebiete der Lex Aquilia unter damnum *injuria* datum zu verstehen habe, wie nämlich *injuria* hier keineswegs *contumeliam* (vorsätzliche Ehrenkränkung) sondern damnum *culpa* datum, etiam ab eo, *qui nocere noluit*, bezeichne [4]), und fährt dann fort: Et ideo quaerimus: si furiosus damnum dederit, an *legis Aquiliae* actio sit? Et *Pegasus* negavit. Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio; quemadmodum si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat, aut si tegula occiderit [5]).

1) §. 9. et 10. Inst. 3. 20. adj. L. 6. Dig. 46. 6.
2) L. 12. Dig. 48. 8.
3) L. 209. Dig. 50. 16.
4) L. 5. §. 1. Dig. 9. 2. coll. L. 1. pr. Dig. 47. 10.
5) Nur die *Aquilia*, weil diese schlechterdings eine *culpa* voraus-

Sed et si *infans* damnum dederit, *idem erit dicendum*. Quod si *impubes* [6]) id fecerit, *Labeo* ait: quia furti tenetur, teneri et *Aquilia* eum. Et *hoc* puto verum, si sit *jam injuriae* [7]) *capax* [8]).

5) Sehr bestimmt spricht *Gajus*: Pupillum, qui *proximus pubertati* sit, *capacem* esse et furandi, et injuriae [9]) faciendae [10]).

6) In den Institutionen Justinians finden wir folgende Stelle: In summa sciendum est, quaesitum esse, an *impubes* rem alienam movendo furtum faciat? Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, *si proximus pubertati sit, et ob id intelligat*, se delinquere [11]).

Ferner spricht

7) *Ulpianus* lib. 41. ad Sabinum: Impuberem furtum facere posse, *si jam doli* capax sit, Julianus libro XXII. Dig. scripsit. Item posse cum impubere damni injuria agi, quia id furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait; nam in *infantes* id non cadere. Nos putamus cum impubere *culpae capace*

setzt, Nachlässigkeit in der gesetzlichen Richtung des freien Willens, ist also hier ausgeschlossen. Ex *re* wird auch furiosus et infans verbindlich. L. 46. Dig. 44. 7. Daß die Worte dieses Gesetzes: vel damnum in eo (fundo communi) pupillus dederit ein anderes damnum, als das ex re andeuten könnte, ist wegen der nachfolgenden Worte: nam judicio comuni dividundo obligabuntur (furiosus et pupillus) zu verneinen. Vergl. a. Thibaut, in den Versuchen. Thl. 2. Abh. 8. S. 185. ff.

6) Im Gegensatz des infans — über sieben Jahre alt.

7) i. e. culpae.

8) L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

9) Auch hier bezeichnet injuria das damnum culpa datum.

10) L. 111. Dig. 50. 17.

11) §. 18. Inst. 4. 1.

Aquilia agi posse [12]). Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis furto facto teneri eum [13]).

8) Von demselben ist auch das Fragment: An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur? quaeritur. Sed probari oportet, si *apud doli mali jam capacem* deposueris, agi posse, *si dolum commisit*; nam rel. [14]).

9) Der nämliche Rechtsgelehrte äußert lib. 11. ad Edictum: Item in causae cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio, nisi forte nomine hereditario [15]) conveniatur. Ego arbitror, et *ex suo* dolo conveniendum, *si proximus pubertati est;* maxime si locupletior ex hoc factus est [16]).

Bündiger lehrt

10) eben derselbe lib. 76. ad Edictum: De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis exceptio utique locum habet. Nam *et de pupilli* dolum *interdum* esse excipiendum, nequaquam ambigendum est, *ex ea aetate*, quae dolo non careat. Denique Julianis quoque saepissime scripsit, *doli pupillos*, qui *prope pubertatem* sunt, *capaces* esse [17]). Dennoch spricht

11) der nämliche *Ulpianus*, lib. 56. ad Edictum: Illud relatum peraeque est, eos, qui injuriam [18]) pati possunt, et facere posse. Sane sunt quidam, qui facere non possunt, utputa furiosus et *impubes*, qui doli ca-

---

12) Ob auch actione *furti?* läßt Ulpian unbeantwortet. Er scheint auch hier, wie in der L. 5. §. 2. Dig. 9. 2., seinen Blick nur auf den *infantiae proximus* zu richten. Der Nachsatz läßt sich zur Bestätigung deuten.

13) L. 23. Dig. 47. 2. Vergl. L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

14) *Ulpianus* (lib. 30. ad Edict.) L. 1. §. 15. Dig. 16. 3.

15) Vergl. L. 13. pr. Dig. 4. 3.

16) L. 13. §. 1. Dig. 4. 3. coll. L. 14. huj. tit. del. *non.*)

17) L. 4. §. 26. Dig. 44. 4.

18) i. e. *contumeliam.* L. 1. Dig. 47. 10.

pax non est. Namque hic pati injuriam solent, non facere. Cum enim injuria (contumelia) ex affectu [19]) facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pulsent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri. Itaque pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest, facere nemo, nisi qui scit, se injuriam facere, etiam si nesciat, cui faciat [20]).

12) In einem noch andern Fragment spricht *Ulpianus* lib. 56. ad Edictum: Vi bonorum raptorum actio in *impuberem, qui doli mali capax non est*, non dabitur, nisi servus ipsius vel familia ejus admisisse proponantnr, et servi et familiae nomine noxali vi bonorum raptorum actione tenetur [21]).

13) Gleiche Sprache führt *Ulpianus* lib. 29. ad Sabinum: Sed et si *ipsius pupilli dolo* factum sit, *si ejus aetatis sit*, ut doli capax sit, efficere, ut teneatur . . . dolus autem, quatenus noceat, ostendi [22]) (debet) — Desgleichen

14) lib. 72. ad Edictum: Hoc edicto neque pupillum neque furiosum teneri constat, quia affectu carent. Sed pupillum eum debemus accipere, qui doli capax non est; caeterum si jam doli capax sit, contra erit dicendum [23]).

Auf ähnliche Weise spricht

15) *Ulpianus*, lib. 25. ad Edict. Praet.: Prima verba (cujus dolo rel.) ostendunt, eum demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit. . . . Igitur doli non capaces, ut admodum impuberes . . . excusati sunt [24]).

---

19) Vergl. §. 18. Inst. 4. 1.
20) L. 3. §. 1. Dig. 47. 10.
21) L. 2. §. 19. Dig. 47. 8.
22) L. 3. §. 2. Dig. 14. 4.
23) *Ulpianus*, L. 1. §. 6. Dig. ne vis fiat rel. 43. 4.
24) L. 3. §. 1. Dig. de sepulchro violato. 47. 12.

16) *Paulus*, lib. sing. ad. Sct. Libon. sagt: Impuberem in hoc edictum incidere dicendum non est, quoniam falsi crimine *vix* possit teneri, cum dolus malus *in eam aetatem* non cadit [25].

17) K. *Constantin* rescribirt: Impuberes vero, etiamsi conscii fuerint (criminis falsae monetae), nullum sustineant detrimentum, quia *aetas eorum* quid videat ignorat [26].

18) *Ulpianus*, lib. 50. ad Edictum: Impubes servus, vel ancilla nondum viripotens, non in eadem causa (§. 31.) erunt; *aetas* enim excusationem meretur. Impuberi autem utrum in supplicio tantum parcimus, an vero etiam in quaestione? Et magis est, ut de impubere nec quaestio habeatur; et alias hoc in usu observari, ut impuberes non torqueantur; terreri tantum solent, et habena vel ferula caedi [27].

19) *Maecianus*: Excipiuntur Scto Sil. impuberes servi. Trebius autem Germanus Legatus etiam de impubere sumi jussit supplicium; et tamen non sine ratione. Nam is puer nec multum a puberi aetate aberat et ad pedes domini cubuerat, cum occideretur, nec postea caedem ejus prodiderat. Ut enim opem ferre eum non potuisse constabat, ita silentium praestitisse, etiam postea, certum erat. Et his duntaxat impuberibus Scto parci credebat, qui tantum sub eodem tecto fuissent, qui vero ministri, vel participes caedis fuissent, et ejus aetatis (quanquam nondum puberis), ut rei intellectum capere possent, his non magis in caede domini, quam in ulla alia causa parci oportere [28].

---

25) L. 2. pr. Dig. de lege Corn. de falsis. 48. 10.

26) Const. 1. Cod. de falsa moneta. 9. 24.

27) L. 1. §. 32. et 33. Dig. 29. 5.

28) L. 14. Dig. 29. 5.

§. 2.

Ueberblickt man sämtliche diese und etwan gleichlautende Bruchstücke mit und neben einander, so läßt sich folgendes Resultat aus ihnen folgern:

A) *Infantes* stellt das Gesetz den Vernunftlosen gleich, und enthebt sie daher aller und jeder Imputation, nicht nur des dolus, sondern auch der culpa, und zwar unbedingt [29], so daß auch in concreto dem durch eine Handlung des Kindes Beschädigten ein Beweis nicht offen stehet [30]: dieses Kind sey culpae capax, und es sey ihm daher in dem vorliegenden Fall ausnahmsweise eine culpa beizumessen.

B) *Impuberes*, im Gegensatz der infantes, über sieben, jedoch noch nicht resp. 14 und 12 Jahre alt [31], sind der Imputation ausgesetzt.

Hier aber tritt der Unterschied ein:

1) *infantiae* proximi sind nur *culpae*, nicht aber *doli* capaces. — Auch ist jene capacitas culpae nur eine allgemeine physische Möglichkeit [32]. In Bezug auf den einzeln infantiae proximus und dessen Handlung, welche ein damnum veranlaßt hat, muß der Beschädigte, zur Begründung einer Klage auf Schadensersatz gegen jenen Unmündigen selbst, behaupten und beweisen [33]: der Beklagte

29) §. 10. Inst. 3. 20. mit L. 5. §. 2. Dig. 9. 2.

30) Von der Haft derer, welche die pflichtige Aufsicht vernachläßigten, ist hier die Rede nicht.

31) infantia majores.

32) Nur in abstracto nimmt sie das Gesetz an — als nicht unmöglich.

33) L. 5. §. 2. Dig. 9. 2. verba: *si sit jam* injuriae capax. Es ist jedoch auch hier nicht ausgeschlossen, daß dieser Beweis auf die Natur der schädlichen Handlung selbst und deren Nebenumständen, als auf Ueberlegung und freien Willen des Unmündigen hindeutend, gestützt werden, und dann hieraus der Richter die Merkmale der subjectiven Verstandeskraft des impuberis infantiae prox. entnehmen könne. Arg. L. 14. Dig. 4. 3. (del. *non.*)

sey auch subjectiv culpae capax, und der durch ihn veranlaßte Schaden sey also damnum *injuria* datum, nicht *casu* datum [34].

Justinian spricht zwar auch von dem infantiae proximus allgemein hin: „ein solcher Pupill habe noch nicht intellectum“ [35], und legt ihm nur insofern einen Willen bei, als er etwas erwerben könne — *propter utilitatem* eorum benignior juris interpretatio facta est rel. [36]. Allein diese, blos die Verträge des Unmündigen betreffende, Aeußerung Justinians, in dem Gebiete allgemeiner Grundzüge, schließt am wenigsten solche specielle Vorschriften aus, welche nicht aus Verträgen entspringende Verbindlichkeiten betreffen, und nur auf dem moralischen Princip beruhen: „verletze nicht deines Mitmenschen Person und Eigenthum! [37]) Wenn nun Ulpian den impubes, im Gegensatz des infans, ohne Unterschied, ob derselbe infantiae oder pubertati proximus sey, als passives Subject der Klage aus dem Aquilischen Gesetz darstellt, dieses jedoch unter der Bedingung: „*si sit* jam injuriae capax“, und wenn man hiermit Justinians vorgedachtes allgemeines Princip zusammen stellt, wenn man findet, daß andere Gesetze von dem *pubertati* proximo geradezu und unbedingt annehmen, „dieser sey culpae capax“ [38]), so läßt mit Grund sich folgern, der vom infans zum impubes aufsteigende, des doli

---

34) Der durch ein infans veranlaßte Schaden ist, auf das Kind selbst hingesehen, immer nur casuell.

35) Dieser aber ist die Bedingung jeder culpa und capacitas culpae.

36) §. 10. all. Inst. 3. 20.

37) Das: ne factum cujusquam alteri damnum afferat, L. 25. §. 2. in f. Dig. 36. 1., verbunden mit den Worten etiam ab eo, qui nocere noluit, L. 5. §. 1. in f. Dig. 9. 2., bleibt nur dann außer Anwendung, wann das Gesetz diese schlechterdings und durchgängig abschneidet.

38) L. 111. Dig. 50. 17.

diesen Orts gar nicht erwähnende, Ulpian hatte zunächst nur den infantiae proximus im Auge, hielt diesen höchstens einer *culpa*[39]) für möglicher Weise fähig, wollte jedoch das Daseyn dieser Fähigkeit in concreto — in Ansehung des einzeln, einer culpa beschuldigten impuberis infantiae proximi — nicht vermuthet, sondern von dem Beschädigten dargethan wissen — *si sit* rel.

2) *pubertati* proximi sind nicht nur der *culpa*, sondern selbst eines *doli*, für fähig zu achten[40]), und zwar hier mit dem weitern Unterschied, daß

a) die capacitas culpae, und die culpa selbst, bei jedem pubertati proximo sofort, ohne einen dem Beschädigten obliegenden besondern Beweis ihres Daseyns in concreto, anzunehmen — zu vermuthen ist, sobald die Handlung an sich, und vermöge ihrer schädlichen Folgen, die äußern Merkmale einer culpa an sich trägt, und ihr Effect, hätte

---

39) Man mögte sagen: selbst der böse Vorsatz eines impuberis infantiae proximi könne höchstens die Natur, und also auch nur die Folgen, einer culpa haben. Daß die impuberes infantiae proximi eines doli für ganz unfähig geachtet werden sollen, und also auch in Rücksicht auf das einzelne Subject eines Unmündigen jenes Alters nicht einmal der dargebotene Beweis, „dieses Individuum sey *doli capax*," zuläßig ist, ergibt sich auch daraus, weil mehrere Fragmente, resp. von den nämlichen Rechtsgelehrten, allgemeinhin sagen; „der impubes sey nicht doli capax — ein dolus sey ihm nicht beizumessen," *Ulp.* L. 3. §. 1. D. 47. 10. Idem L. 3. §. 1. Dig. 47. 12. *Paul.* L. 22. Dig. 48. 10. Const. 1. Cod. 9. 24., andere Gesetzstellen aber eine Ausnahme mit dem *pubertati proximo* machen, und blos in Rücksicht auf diesen einen Beweis seines individuellen doli bei der verübten That erlauben. *Gajus* L. 111. Dig. 50. 17. mit *Ulp.* L. 23. Dig. 47. 2. Id. L. 13. §. 1. Dig. 4. 3. L. 4. §. 26. Dig. 44. 4. Idem L. 1. §. 15. D. 16. 3. §. 18. Inst. 4. 1.

40) L. 111. Dig. 50. 17. L. 13. §. 1. Dig. 4. 3. L. 4. §. 26. Dig. 44. 4. L. 3. §. 2. Dig. 14. 4. §. 18. Inst. 4. 1.

ein Mündiger sie begangen, ein damnum injuria datum genannt werden würde [41]) — hingegen

b) zwar die *capacitas* doli an sich, als physisch möglich, vorausgesetzt, jedoch das Daseyn des *doli*, (wie bei dem infantiae proximo der culpa,) in dem vorliegenden einzelnen Fall, und in Bezug auf diesen, in Ansehung des jetzt eines doli wirklich beschuldigten pubertati proximi nicht präsumirt, sondern von dem das Daseyn eines doli behauptenden Gegner bewiesen werden soll [42]).

Das letzte sub b., „daß die capacitas doli, nicht aber ipse dolus, eines pubertati proximi zu vermuthen sey", leuchtet aus vielen der obigen Gesetze, besonders aus den Worten: „*si sit* jam doli capax", deutlich genug hervor, und kann um so weniger bezweifelt werden, weil selbst im Verhältniß der Mündigen im allgemeinen das Princip gilt: dolus non praesumitur [43]).

Ausgeschlossen wird jedoch hiermit keineswegs, das Daseyn des doli in concreto aus der Natur der schädlichen That selbst und deren Nebenumständen zu folgern [44]), wenigstens insofern nur von der Begründung einer actio doli, nicht aber von der poena publica eines Verbrechens, die Rede ist [45]).

41) Für den Unmündigen bleibt immer der Beweis offen, daß er culpae incapax, d. h. wahn- oder höchst blödsinnig sey.

42) §. 18. Inst. 4. 1. *et ob* relid L. 1. §. 15. Dig. 16. 3. *Julianus* in fr. unp. 23. Dig. 47. 2. L. 3. §. 2. Dig. 14. 4.

43) L. 18. §. 1. Dig. 22. 3. Daß dieses vorzüglich nach teutschrechtlichen Principien in peinlichen Straffachen gelte, daß man hier noch mehr zum Beweis des doli fordert, als blos die Beschaffenheit der als factum bewiesenen peinlich verpönten That, ist bekannt.

44) L. 13. §. 1. L. 14. Dig. 4. 3. L. 14. Dig. 29. 5.

45) Der dolus eines Unmündigen, wenn gleich pubertati proximi wird, der Natur des Menschen nach, im Verhältniß zu Menschen von ausgebildetem Verstand, der Regel nach doch nur den Grad einer groben Schuld haben, allein in Civil-

Wohl aber könnte man gegen den unter a) aufgestellten Satz erhebliche Zweifel aufregen. Allein man bedenke, daß keins der obigen Gesetze von dem pubertati *proximo* auch das spricht: „*si sit culpae* capax“ — daß sie denselben im Allgemeinen selbst des doli fähig achten, wenn auch unter der Bedingung des Beweises in concreto — daß es, auch mathematisch gerechnet, doch ein schlechtes Compliment der römischen Gesetzgebung und Rechtsgelehrten für eine cultivirte Nation wäre, Knaben fast 11 und Mädchen fast 10 Jahre alt noch für so roh und einfältig anzusehen, daß, fügten sie jemanden durch eine eigene freie Handlung einen Schaden zu, dieser Beschädigte noch einen besondern Beweis führen müsse: soviel freier Wille und soviel Ueberlegungskraft sey jenem Knaben oder Mädchen schon eigen, daß sie z. B. wissen und bedenken können, man dürfe seinem Nachbar die Fenster nicht einwerfen, und also auch nicht auf Gerathewohl Steine gegen sein Haus schleudern u. dgl. Genug, die Gesetze, welche den pubertati proximus als culpae capax bezeichnen, schweigen von einem weitern Beweis ihres innern Daseyns, während sie diesen in Ansehung des doli ausdrücklich erheischen — und nur von diesem — dadurch also auch ein argumentum a contrario für ihre Sinnesmeinung geben.

Auch ist, meines Dafürhaltens, obige Stufenfolge,

I) das Kind unter sieben Jahren ist sowohl der culpa als eines doli schlechthin unfähig [46] —

II) der Mensch, welcher das siebente Lebensjahr zurückgelegt hat, ist, so lange er dieser Gränze noch nahe stehet, zwar denkbar einer culpa, keineswegs aber eines doli fähig,

---

sachen gilt dann das Princip: aequiparatur dolo. Auch culpa lata begründet actio doli — für Civilgenugthuung hat dolus und culpa lata gleiche Folgen.

46) Einzelne Ausnahmen achtet das Gesetz nicht. L. 3. 4. 5. 6. §. 10. Dig. de legibus.

und auch das Daseyn der Fähigkeit zur Culpa bedarf in den einzelnen Fällen eines besondern Beweises —

III) nähert sich der Mensch der Periode der Fortpflanzungsfähigkeit, so ist seine capacitas *culpae* nicht nur im allgemeinen zu praesumiren, sondern auch seine einzelne vollzogene schädliche Handlung ohne weiteres als culpa anzusehen, dahingegen zwar auch seine *capacitas* doli, nicht aber ein *dolus* selbst, von ihm zu vermuthen ist, letzter mithin im einzelnen Fall einer besondern Nachweisung bedarf —

der Vernunft und Erfahrung, folglich aber einer guten Gesetzgebung, angemessen, und geeignet, den Sinn obiger Fragmente der, aus der Natur und Erfahrung schöpfenden, römischen Rechtsgelehrten am sichersten zu entwickeln und festzustellen.

§. 3.

Aber — wer ist ein *infantiae* proximus 47)? wer ein *pubertati* proximus zu nennen?

Das Ende der Kindheit im speciellen Sinn — infantiae — so wie den Eintritt der Mündigkeit — Mannbarkeit — pubertatis — bestimmt Justinians Gesetzbuch mathematisch 48), ohne jedoch irgendwo den Zwischenraum auf

47) Ich beziehe mich hier auf L. 1. und 195. Dig. 50. 16. L. 3. §. 1. Dig. 3. 5. L. 3. §. 1. Dig. 43. 29.

48) Bekanntlich das Ende des siebenten Lebensjahres, ohne Unterschied des Geschlechts, als Ende der Kindheit. L. 18. pr. Cod. 6. 30. L. 14. in fine Dig. 23. 1. L. 1. §. 2. Dig. 26. 7. Wenn auch K. Arcadius dieses allem Zweifel enthobe, L. 8. Cod. Theod. de bon. mat., so folgt hieraus dennoch nicht mit Zuverlässigkeit, daß das *fari posse* die allgemeine Gränze der Kindheit gewesen sey. Vergl. Glück, in der Erläut. der Pand. §. 129. Note 27. Denn die von diesem Rechtsgelehrten angezogenen Gesetze beziehen sich wohl nur auf die Fähigkeit, Stipulations- und andere Formeln auszusprechen, mit welchen der Erwerb eines Rechts bedingt war. Die Pubertas, welche dem Wortsinn nach das teutsche Mündigkeit nicht ganz be-

gleiche Weise in Perioden nach Jahren und Monaten zu theilen. Auch gehet jede geschichtliche Spur ab, daß irgend eine Secte der römischen Rechtsgelehrten eine solche Idee vertheidiget habe. Accursius stellte sie auf, indem er den Zeitraum von dem Ende der Kindheit bis zum Eintritt der positiven Pubertät in zwei gleiche Hälften theilte, die Nähe an der Kindheit in die erste und die Nähe an der Mündigkeit in die zweite Hälfte der resp. 14 und 12 Jahre verlegte, so daß der Knabe, ehe er 10½ Jahr alt ist, als *infantiae* proximus, nachher aber, bis zum beendigten 14ten Jahr, als *pubertati proximus* anzusehen wäre, und eben so das Mädchen als infantiae oder pubertati proxima, je nachdem dasselbe das Alter von 9 Jahren 6 Monaten noch nicht zurückgelegt hat, oder nach dem Eintritt dieses Alters noch nicht 12 Jahre alt wurde. Nicht wenige und unter diesen bedeutende Romanisten treten dieser Lehre bei [49]), da-

---

zeichnet, sondern mit Mannbarkeit gleichviel ist, beziehet sich eben so bekannt auf die physische Fortpflanzungs-Fähigkeit; und daher der Unterschied, daß das Gesetz den Eintritt der männlichen auf das Ende des 14ten, der weiblichen aber, und zwar schon früher, auf das Ende des 12ten Lebensjahres feststellte, nachdem vorher das männliche Subject, welches vom Knaben zum Jüngling übergehen wollte, nach der Meinung eines Theils der Rechtsgelehrten einer Untersuchung seiner körperlichen Beschaffenheit sich unterwerfen mußte. L. 3. Cod. 5. 60. A. Pr. Inst. 1. 22. L. 5. D. 28. 1. L. 2. pr. Dig. 28. 7. L. 4. Cod. 6. 22. (vestigia vigoris). L. 13. §. 2. Dig. 26. 5. eine andere Secte aber auch in Ansehung der Knaben einen mathematischen Zeitpunkt, das Ende des 14ten Jahres, als Eintritt der Mündigkeit annahm. Vergl. Glück, a. a. O. §. 130. ibiq. leg. et icti all. pag. 216. f. Man überzeugte sich endlich, daß mathematische Punkte nothwendig wären. Mannbar — pubes — spricht man auch von dem Mädchen — wiewohl viripotens hier den Römern das genauere Wort ist.

49) Vergl. Glück, a. a. O. §. 130. ibi all. *Donellus, Vinnius, Huber* u. a. not. 34.

hingegen andere Rechtsgelehrte ersten Ranges, ältere und neuere, in den römischen Gesetzen nur einen moralischen und subjectiven Maasstab der Qualität eines infantiae oder pubertati proximi erfinden, nämlich die subjective Fähigkeit jedes einzelnen Unmündigen, ein Verbrechen zu begehen; so daß derjenige Knabe pubertati proximus zu nennen sey, dessen Geisteskräfte hinreichend ausgebildet sind, um die Illegalität seiner Handlung und deren schädliche Folgen vor dem illegalen Unternehmen einzusehen [50].

Die erste Meinung wird freilich einen Beweis aus römischen Gesetzen oder Schriftstellern schuldig bleiben müssen; aber auch die zweite Meinung rechtfertiget sich nicht aus den obigen Gesetzen, muß vielmehr in diese gewaltsam hineingelegt werden, und ist auch, in Hinsicht auf Tauglichkeit für die Anwendung, oder sie als Gesetz betrachtet, dem Maasstab des Accursius gewiß nachzusetzen. Nur um diese Behauptung zu rechtfertigen, bemerke ich folgendes:

Kein einziges Gesetz spricht so: „welcher Unmündige doli et injuria capax sey, der wäre pubertati proximus", sondern gerade umgewandt: „der pubertati proximus ist doli et injuriae capax [51]) — so wie Justinian seinen Satz so stellt: „infans und infantiae proximus hat noch nicht intellectum" [52]), nicht aber: „der Knabe oder das Mädchen, welches intellectum noch nicht hat, ist Kind, oder der Kindheit noch nahe." Der Alterszustand, das physische Alter, stehet also voran [53]) — und dieser Hauptsache wird

---

50) S. a. Glück, a. a. O. pag. 214. ibi all. *Corasius*, *Goddaeus*, *Robertus*, *Gothofredus*, *Averanius* u. a. Thibaut, in dem Syst. des Pand. R. §. 231. ibi all. Kleinschrodt.

51) L. 111. Dig. 50. 17. L. 4. §. 26. Dig. 44. und andere der eben angez. Gesetze.

52) §. 10. Inst. all. 3. 20.

53) Besonders scharf und unverkennbar springt dieses auch aus Ulpians fr. 3. §. 2. Dig. 14. 4. hervor, verb.: „si ejus

dann ein Prädicat angefügt, eine Qualität beigelegt. Sie scheint also schon ihren festen Begriff gehabt zu haben, und dieser war wenigstens bei denjenigen römischen Rechtsgelehrten möglich, welche, gegen die Cassianer, auch in Ansehung der Knaben einen mathematischen Punkt des Eintritts der Pubertät annahmen, und deren bessere Meinung Justinian zum geschriebenen Gesetz erhob. So wie diese Gesetzgebung die Indagationen der Körperbeschaffenheit mißbilligte, und zwar nicht blos wegen des Scandals [54]), sondern auch, um durch eine feste Regel individuelle Zweifel und daraus entstehende Streitigkeiten abzuschneiden [55]), so spricht sie sich auch im allgemeinen dahin aus: daß die Gesetze durchgreifend seyn müßten, und nicht nach den subjectiven Verhältnissen jedes Einzelnen gemodelt seyn könnten [56]).

Consequent also wäre es wenigstens und harmonisch mit dem Ganzen, wenn, nachdem die Kindheit und die Pubertät ihre physischen Beendigungs- und Anfangs-Gränzen erhalten hatte, auch eine physische Gränze der Nähe an der Kindheit, und an der Mündigkeit, angenommen worden wäre [57]).

Nach dem Princip: doli et culpa capax est proximus pubertati“, welches mit *Gaji* Worten: pubertati

aetatis sit;“ und eben so fr. *Ulp*. 4. §. 26. Dig. 44. 4. verb.: ex ea *aetate*, quae dolo non careat rel. S. a. nr. 16. p. 221.

54) L. 3. Cod. 5. 60. indecoram observationem in examinanda marium pubertate resecantes rel.

55) L. 4. Cod. 6. 22.

56) L. all. 3. 4. 5. 6. 8. 10. Dig. 1. 3.

57) Eine Spur enthält wenigstens Justinians Gesetzsammlung, daß die Nähe an der Pubertät auch mathematisch geschätzt wurde, wenngleich das Fragment zu den Principien der Imputation der Unmündigen gar nicht gehört. *Callistratus:* . . . sed etiam aetas pupillorum consideranda est; nam si priorum pupillorum aetas prope pubertatem sit, ita ut tantummodo semestre tempus reliquum fuerit rel. L. 17. pr. Dig. 27. 1.

proximus doli et injuriae capax est," sich im ewigen Cirkel drehet, müßte also auch der Knabe von fast 14 Jahren zu diesen Cirkel gerufen werden, um den Grad seiner Seelenkräfte und Geistesausbildung prüfen zu lassen. Und wer soll dieses thun? Sachverständige müßten ihn prüfen, und über das Seyn oder Nichtseyn seiner *capacitas* doli vel culpae ein vorgängiges Urtheil fällen. Zu einer solchen Prüfung und Beweisführung ist, nach einer guten Gesetzgebung, der Richter als solcher nicht legitimirt, sondern nur soweit gehet seine Befugniß, aus der Natur und den Umgebungen der bewiesenen Handlung jenes Unmündigen auf dessen Motive zu schließen, und, davon ausgegangen, zu ermessen, ob jene Handlung dolos, wenigstens culpos, zu nennen sey. Wenn nun aber jener Knabe nach der Sprache der Gesetze noch infans oder infantiae proximus ist, so soll der Richter in der Handlung einen dolus nicht finden, und wäre sie Mord und Todtschlag. Der Richter muß also schlechterdings und nothwendig voran wissen: was verstehet das Gesetz unter einem infantiae proximo? ehe er die Frage sich erlauben und entscheiden darf: hat der Knabe in dessen bewiesener Handlung dolos gehandelt? Dürfte der Richter sogleich und nur von dessen subjectiven Qualitäten ausgehen [58]), so könnte das Resultat der fast absurde Widerspruch seyn: der gesetzliche infantiae proximus sey ein gerichtlicher pubertati proximus. Weiß aber der Richter, ein Knabe über 7, jedoch noch nicht 10½ Jahr alt, soll für culpae *capax* geachtet werden, so lassen sich hierauf die subjectiven Verstandeskräfte des Unmündigen mit der

---

58) Eine höchst schädliche Willkühr! Seelenkunde, Menschenkenntniß, ist leider manchem Richter ein fremdes Feld. Der erste Anblick — Abstractionen aus momentanen Betrachtungen eines Individuums — sind höchst täuschend. Besser ist ein eiserner Wille des Gesetzes, auf allgemeine Menschenkenntniß und Erfahrung gegründet.

von dem Beschädigten bewiesenen schädlichen Handlung desselben leicht in Verbindung setzen, um richterlich zu ermessen, ob diese Handlung die Merkmale einer subjectiven culpa jenes impubes infantiae proximi an sich trage [59]).

Steigt man aufwärts, in das Lebensalter von 10½ Jahr bis zum Ablauf des 14ten Jahres, und nimmt an: hier ist die illegale schädliche Handlung des Unmündigen schon für sich als culpa, als damnum injuria datum, anzusehen, ohne daß es weiter noch eines Schlusses aus ihren Umgebungen auf die Verstandeskraft des schadenden Knaben bedürfte, so ist das richterliche Erkenntniß sofort auf eine Weise basirt, welche wenigstens eher in dem Sinn der Gesetze liegen kann, und der Vernunft nach eher in ihnen liegen muß, als die oben schon erwähnte Procedur eines Geistesexamens des einzelnen Knabens, welcher eine schädliche Handlung verübte [60]). Nur wenn von einem *dolus* dieses pubertati

---

59) Das alte teutsche Recht war hierunter strenger, als das römische Recht. „Erschlägt ein Kind einen Mann, oder lähmet es einen, sein Vormund soll das bessern mit jenes Wehrgeld, ob es auf das Kind gebracht wird. Welchen Schaden es auch thut, den soll er gelten nach seinem Werth, mit des Kindes Gut." Die Glosse setzt hinzu: Allhie merke den Unterschied zwischen Gewalt und Schaden. Gewalt mag keiner jemands thun ohne Willen, darum auch diese, Kinder und Thoren, weil sie keinen Willen noch Vorsatz haben, mögen sie auch niemand einigen Gewalt thun, und folgends verwirken sie auch damit ihren Leib nicht. Schaden aber mag einer dem andern auch ohne Willen thun, und den muß man gleichwohl gelten. Darum man auch der Kinder und Thoren ihren Schaden gelten soll, ob sie gleich ohne Willen und Vorsatz ihn gethan hätten, nach eines jeden Menschen Wehrgeld u. s. w.

60) Will man etwann den Schulmeister um ein Gutachten requiriren? Helfen mag er, wann die bewiesene That des Unmündigen die Merkmale des doli ausspricht, und der Richter auch aus andern thatsächlichen Verhältnissen des Thäters dessen Geistesgrad erforschen will.

proximi die Rede ist, wird in Rücksicht auf das Subject, den Unmündigen, zwar dessen *capacitas* doli, d. h. die physische Möglichkeit, daß er dolose gehandelt haben könne, ohne weitern Beweis angenommen, jedoch kann die bloße Handlung allein, habe auch solche den fürchterlichsten Anschein, den vollen Beweis erst dann vertreten, wenn auch des unmündigen Autors subjective Seelenkräfte dergestalt mit ihr in Verbindung gesetzt werden, daß aus den bewiesenen thatsächlichen Umgebungen der schädlichen Handlung die besondern Gründe für die Folgerung des Daseyns eines doli mali gegeben und hergenommen werden. Im Zweifel ist dann selbst in Civilsachen anzunehmen, nur für culpos sey die That zu achten.

Vielleicht war also Accursius nur klüger, als Justinian und dessen Stoppelgehülfen, und vielleicht hat er der Praxis, oder einer besondern Gesetzgebung, in soweit jene seiner Ansicht folgte, oder letztere hier bestimmen würde, mehr genützt, als die Vagheit der römischen Rechtsgelehrten in denen uns gebliebenen Fragmenten, nebst deren Erklärung nach subjectiven Eigenschaften.

§. 4.

Obige römische Gesetze aus Carls V. peinlicher Gerichtsordnung [61]) erklären oder ergänzen zu wollen [62]), oder aus dem canonischen Recht [63]), ist vergeblich. Auf Privat-Rechtsverhältnisse sind diese Gesetze gar nicht zu beziehen, sondern sie entscheiden blos die Frage: ob der Unmündige am Leben gestraft, oder doch mit der ordentlichen öffentlichen Strafe belegt werden könne? Das päbstliche Recht findet pueros grandiusculos, wenn sie auch noch nicht 14 Jahre alt waren, oder pubescirten, der Begehung eines Verbre-

---

61) C. C. C. art. 164.

62) Glück, a. a. O. §. 136. S. 214. f. Kleinschrodt, Grundbegriff u. s. w. des peinl. Rechts. Thl. 1. §. 87.

63) Cap. 1. et 2. X. de delietis puerorum. 5. 33.

chens fähig — doli mali capaces, will sie aber doch mit der ordentlichen öffentlichen Strafe verschont wissen. Die Halsgerichts-Ordnung findet auch solche Unmündige, die noch nicht nahend[64]) bei 14 Jahren alt sind[65]), als Verbrecher straffällig, und läßt sogar Todes- und schwere Leibesstrafe, diese jedoch nur dann zu, wann der unmündige Verbrecher nahend bei 14 Jahren alt[66]), und der Diebstahl[67]) groß, und mit so gefährlichen Umständen verbunden wäre, daß die Bosheit das Alter erfülle. Diese Strafgesetze stehen für sich, und leiden auch keine Erklärung aus dem römischen Recht; aber soviel siehet man doch auch aus ihnen, daß das physische Alter der erste Blick des Richters seyn soll, und daß, jenes vorausgesetzt, nach der Caroline in den einzelnen Fällen aus den Umständen der That gefolgert werden soll, ob dolus, und welcher Grad des doli mali, dem unmündigen Verbrecher beizumessen sey.

---

64) Hier ist das nahe offenbar in enger besonderer Bedeutung genommen. Nahe soll anzeigen: fast 14 Jahre alt — das nachfolgende begründet diese Auslegung.

65) „Item: so der Dieb oder Diebin ihres Alters unter 14 Jahren wären, die sollen um Diebstahl, ohn sonder Ursach auch nicht vom Leben zum Tod gericht, sondern u. s. w. bestraft werden.“

Hier wird also offenbar auch das Mädchen 14 Jahre alt erst für mündig geachtet.

66) „Wo aber der Dieb nahent u. s. w. und der Diebstahl u. s. w.“ Beides muß also concurriren.

67) Daß die hier gegebenen Imputations-Regeln auch auf andere Verbrechen anwendbar sind, leidet keinen Zweifel.